

Commenti critici sul concetto di applicabilità come spiegazione del fenomeno dell'applicazione di norme giuridiche irregolari

*Marcela Chabuán Zedan**

Sommario

In questo lavoro esporrò alcuni commenti critici rispetto all'utilizzo del concetto di applicabilità per spiegare il fenomeno dell'applicazione di norme giuridiche prodotte in modo irregolare. Ancorché si tratti di uno strumento utile per analizzare alcune caratteristiche dei sistemi giuridici, questo concetto non prende in considerazione un aspetto centrale per dare conto in modo completo di tale fenomeno. In particolare, il fatto che le norme che possono interpretarsi come irregolari possano produrre effetti giuridici è un fenomeno strettamente collegato al modo in cui vengono configurati, in ogni sistema giuridico, i meccanismi di controllo della regolare formazione delle norme.

Parole chiave: Applicabilità. Validità. Norme irregolari.

Abstract

In this work I make some critical comments on the concept of applicability as explanation to the phenomenon of application of rules irregularly enacted. Even though it is a useful conceptual tool that explains some elements of legal systems, it omits a central feature that is necessary to thoroughly give account to the phenomenon I refer. Indeed, the production of effects by rules that might be interpreted as irregular is a phenomenon closely related to the institutional design of legal systems in relation with mechanisms that control the regular enactment of rules.

Keywords: Applicability. Validity. Irregular Norms.

* Universidad Adolfo Ibáñez, Sede Peñalolén, Edificio B, Oficina 227, Santiago, Chile, *marcela.chabuan@uai.cl*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, *mchabuan@derecho.uchile.cl*.

Traduzione di Andrea Barca.

1. Introduzione

Come è stato evidenziato dal positivismo giuridico, l'ordinamento giuridico possiede un carattere dinamico, nel senso che regola la sua stessa produzione attraverso norme – denominate dai giuristi “norme secondarie” o “norme sulla produzione giuridica”¹ – che stabiliscono i requisiti per la produzione di nuove norme. Queste norme fissano i requisiti formali che determinano quale sia l'organo competente per la produzione di norme giuridiche, nonché quale procedimento debba da questo essere seguito a tal fine. I sistemi giuridici contemporanei contengono, inoltre, alcune norme che stabiliscono requisiti di carattere sostanziale, un esempio delle quali sono le norme che pongono limiti al legislatore relativamente al contenuto delle norme che possono produrre. Se una norma è stata prodotta in conformità ad ognuno di questi requisiti o condizioni (tanto di carattere formale, quanto sostanziale), allora è una norma giuridica valida².

L'espressione “norme irregolari” fa riferimento alle norme che non sono conformi ad ognuna delle condizioni stabilite dalle norme sulla produzione giuridica (intese in senso ampio³) di un sistema giuridico di riferimento. Ovvero, si tratta di norme che (i) non si adeguano ai requisiti che riguardano i soggetti o organi competenti, (ii) non sono conformi ad una o più norme che stabiliscono il procedimento che deve essere seguito per la creazione di norme, o (iii) contraddicono una qualche norma che limita o impone un determinato contenuto delle norme da produrre.

Se l'irregolarità di norme è conseguenza del fatto che queste non sono state create da un organo competente che abbia seguito un numero minimo di regole procedurali che permettono di riconoscerlo come tale, difficilmente produrranno effetti giuridici, in quanto gli organi dell'applicazione non le riconosceranno come norme giuridiche. Al contrario, le norme irregolari che sono formulate dalle autorità competenti che hanno agito in quanto tali⁴ ma che, al momento della emanazione, non hanno rispettato nessun'altra condizione di validità, acquisiscono esistenza giu-

¹ Kelsen, 1960: 201 ss.; Hart, 1961: 99 ss.; Guastini, 1996: 307 ss.; Guastini, 2016: 107-109.

² Sui diversi sensi del termine validità, si veda Bulygin, 1990; 2005; 2006.

³ Guastini, 1996: 319; Guastini, 2016: 221-222.

⁴ Il concetto di organo competente va concepito in senso stretto, ovvero come l'insieme di quei soggetti ai quali si attribuiscono poteri normativi; si tratta, dunque, di una condizione di validità necessaria ma non sufficiente. Per l'elaborazione di una concezione di questo tipo, può vedersi Ferrer, 2000. Nella maggior parte dei sistemi giuridici contemporanei, affinché venga riconosciuto come un organo competente nell'esercizio delle proprie funzioni, un soggetto deve disporre di un potere normativo conferito da una norma del sistema giuridico e, inoltre, deve seguire un numero minimo di regole procedurali che permettono di riconoscere gli atti che un organo competente compie in quanto tale dagli atti che i soggetti che compongono quell'organo compiono come privati cittadini. Stabilire quante e quali regole procedurali sono necessarie per stabilire se un'autorità agisce nell'esercizio delle proprie funzioni è una questione che non ammette una formulazione teorica *a priori*, in quanto dipende da una serie di fatti sociali complessi, nonché dalla struttura di ogni sistema giuridico in concreto.

ridica, nel senso che possono produrre conseguenze giuridiche⁵. Gli organi dell'applicazione del diritto sono, infatti, tenuti ad utilizzare come fondamento delle loro decisioni le norme prodotte dalle autorità normative competenti per la produzione di norme giuridiche, senza poterne sindacare la validità; questo, almeno, per quanto riguarda i sistemi giuridici caratterizzati da un controllo di legittimità accentrato; nei sistemi giuridici con controllo di legittimità diffuso, invece, il giudizio di validità non produce effetti giuridici generali ma relativi solo al caso oggetto del giudizio.

Il fenomeno problematico che si tenta di analizzare in questo lavoro è, in particolare, quello delle norme – create in modo irregolare da autorità normative – che, però, possono produrre effetti giuridici in quanto non vengono espulse dall'ordinamento giuridico sulla base di una decisione di illegittimità pronunciata dagli organi competenti.

Nel seguito, farò riferimento alla proposta di Bulygin per spiegare questo fenomeno e, successivamente, esporrò alcune osservazioni critiche. Prima di fare tutto ciò è, però, necessario ricordare che il concetto di applicabilità è stato introdotto per spiegare non solo la produzione di effetti giuridici da parte di norme create irregolarmente ma anche, ad esempio, l'applicazione delle norme di diritto straniero. Fatto salvo quanto detto in precedenza, qui farò riferimento esclusivamente al fenomeno della applicazione di norme giuridiche irregolari, con lo scopo di suggerire alcuni elementi di analisi che la proposta di Bulygin non prende in considerazione ma che, a mio avviso, sono centrali per dare conto del fenomeno in questione.

2. La proposta di Bulygin come alternativa teorica alla proposta di Kelsen

Sulla base delle critiche che formula alla nozione di validità di Hans Kelsen, Eugenio Bulygin introduce il concetto di applicabilità⁶. Farò riferimento alla nozione di validità di Kelsen e alle critiche ad essa mosse da Bulygin (specialmente quelle dirette ad evidenziare l'ambiguità con la quale Kelsen utilizza questo termine) al fine di illustrare la rilevanza e la recezione del concetto di applicabilità nella teoria del diritto.

Kelsen è uno fra gli autori che mette in evidenza il carattere dinamico dell'ordinamento giuridico⁷ e sostiene, inoltre, che il criterio per determinare la validità

⁵ Per quanto riguarda il concetto di esistenza giuridica, seguo Guastini il quale la definisce come la formulazione dell'organo *prima facie* competente e la concepisce, inoltre, come una condizione sufficiente per l'efficacia giuridica. Guastini, 1996: 321.

⁶ Bulygin, 1982.

⁷ Kelsen, 1960: 203-205. Il carattere, o principio, dinamico si differenzia da quello statico. Per quest'ultimo, il fondamento di validità delle norme giuridiche deriva dal contenuto delle norme gerarchicamente sovraordinate. Kelsen segnala che i sistemi moderni sono di tipo misto, anche se a dominare è il carattere dinamico. *Ibid.*: 83, 84.

delle norme è quello della loro conformità alle norme, ad esse superiori, che regolano la produzione normativa. Kelsen sottolinea, poi, che l'ordinamento giuridico è caratterizzato da una struttura a gradini (o gerarchica) e, dunque, contiene norme di diversi gradi gerarchici, in quanto le norme inferiori sono subordinate alle norme superiori che ne condizionano la produzione⁸.

Kelsen afferma che i criteri di validità sono principalmente formali, ovvero prescindono dal contenuto delle norme, in quanto fanno riferimento esclusivamente alla loro forma di produzione, specialmente al soggetto o all'organo che le emana e, eventualmente, ai procedimenti di produzione. Tuttavia, l'autore della *Dottrina pura del diritto* riconosce che nulla impedisce che in una costituzione siano previsti anche criteri sostanziali di validità, così come accade nelle costituzioni moderne le quali, di solito, contengono un elenco di diritti fondamentali che delimitano i possibili contenuti delle norme da prodursi. In casi del genere, le norme sono altresì subordinate alla gerarchia materiale delle norme superiori⁹.

Tuttavia, anche se Kelsen propone come criterio di validità delle norme giuridiche la conformità alle norme relative alla produzione normativa, non definisce la nozione di validità nella stessa maniera. Kelsen infatti definisce la validità, indistintamente, a volte come "esistenza specifica" di una norma e, altre volte, come "forza obbligatoria". Secondo Kelsen, se una norma giuridica è esistente, allora è stata prodotta in conformità alle norme sulla produzione giuridica, il che lo porta a non ammettere l'esistenza di norme invalide¹⁰. Inoltre, secondo Kelsen, la validità intesa come conformità alle norme superiori che condizionano la produzione normativa implica l'obbligatorietà di soddisfare quanto prescritto dalle norme prodotte in questo modo¹¹.

La validità intesa nel senso di "esistenza specifica" di una norma fa riferimento all'appartenenza di questa ad un sistema giuridico. Kelsen afferma che solo le norme valide esistono o appartengono all'ordinamento giuridico. La validità di una norma dipende da un'altra norma che regola la sua creazione la quale, a sua volta, deve essere una norma valida e, pertanto, deve conformarsi a sua volta alla norma dalla quale deriva – si forma, in questo modo, una catena di validità. Così, se la validità viene intesa come appartenenza, la validità delle norme superiori dipenderà a sua

⁸ Kelsen, 1960: 201, 232 ss.

⁹ Kelsen, 1960: 234; Kelsen, 1988: 116.

¹⁰ «Die Aussage, daß ein gültiges Gesetz „verfassungswidrig“ sei, ist eine *contradictio in adjectio* [...] da ein ungültiges Gesetz überhaupt kein Gesetz» Kelsen, 1960: 275 [traduzione italiana: «L'asserto che una norma valida è "incostituzionale" è una *contradictio in adjecto* [...] in quanto una norma invalida non è affatto una norma»]. Questa stessa idea può trovarsi anche in Kelsen, 1945:115, 116, e 185.

¹¹ «Daß eine sich auf das Verhalten eines Menschen beziehende Norm „gilt“, bedeutet, daß sie verbindlich ist, daß sich der Mensch in der von der Norm bestimmten Weise verhalten soll» Kelsen, 1960: 196 [traduzione italiana: «Che una norma relativa al comportamento di un individuo sia "valida" significa che è vincolante, ovvero che un individuo deve comportarsi nel modo indicato dalla norma»].

volta dall'appartenenza al sistema giuridico delle norme a queste precedenti e così via, fino ad arrivare alla prima costituzione storica, ovvero all'insieme di norme che si adotta come base dell'ordinamento giuridico. Alla domanda sulla validità della prima costituzione, Kelsen risponde elaborando la tesi della "norma fondamentale", la quale si situa come ultimo anello della catena di validità e fornisce fondamento all'intero ordinamento giuridico¹². Questa norma non è una norma di diritto positivo – una norma posta – ma, piuttosto, è una norma pensata, un presupposto metodologico la cui funzione è quella di dare unità all'ordinamento giuridico¹³.

L'ipotesi della norma fondamentale è stata criticata da vari autori positivisti¹⁴ i quali osservano che non ha senso indagare il fondamento di validità (intesa come conformità a norme superiori) della prima costituzione, giacché in ogni ordinamento giuridico vi è una norma originaria sulla quale lo stesso si fonda. Questa norma originaria non è "presupposta" ma, piuttosto, è "posta" da un potere costituente, ovvero un potere *extra ordinem*¹⁵. La prima costituzione non può essere né valida né invalida, perché non deriva da alcuna norma positiva capace di fornirle un fondamento di validità¹⁶. In quest'ottica, Bulygin sottolinea che la tesi della norma fondamentale di Kelsen non è necessaria al fine di fondare la validità come appartenenza della prima costituzione, in quanto è quest'ultima che definisce il sistema come un'unità indipendente, di modo che non è necessario presupporre alcuna norma per giustificare la sua appartenenza al sistema¹⁷. Bulygin sostiene inoltre – come si vedrà a breve – che si tratta di una tesi non sufficiente per giustificare la validità come obbligatorietà della prima costituzione.

La questione della validità intesa come forza obbligatoria risponde alla domanda se le norme siano obbligatorie, ovvero consiste in una giustificazione del dovere di adempiere a quanto le norme giuridiche prescrivono. Se la risposta a quest'ultima domanda dipende anch'essa dalla conformità a norme superiori, come nel caso della validità come appartenenza, allora si forma una catena di validità. Al termine della catena sorge la domanda sulla validità della prima costituzione. Se il dovere di adempiere ad una norma può essere imposto solo da un'altra norma che, a sua volta, deve essere obbligatoria – e la prima costituzione è la prima norma del diritto positivo – allora la giustificazione del dovere di soddisfarla non può derivare da una norma di diritto positivo. Di fronte a questo problema – e con l'obiettivo di completare la catena di giustificazione – Kelsen ricorre nuovamente alla tesi della norma

¹² Kelsen, 1960: 139.

¹³ Kelsen, 1960: 202-203.

¹⁴ Tra i quali: Hart, 1958; Ross, 1969; Raz, 1974; Bobbio, 1975; Nino, 1985; Caracciolo, 1994; Celano, 1999; Paulson, 1998; Bulygin, 2005; Marmor, 2011; Guastini, 2013.

¹⁵ Guastini, 2013: 63 ss.

¹⁶ Si tratta di una norma sovrana, indipendente o non derivata. Cfr., al riguardo, von Wright, 1963: 192; Alchourrón, Bulygin, 1971: 73-74; Alchourrón, Bulygin, 1979: 74; Caracciolo, 1988: 31.

¹⁷ Bulygin, 1990: 512-514; Guastini, 1996: 86.

fondamentale, la quale dovrebbe stabilire l'obbligatorietà delle norme originarie, nonché di tutte le altre norme che compongono l'ordinamento giuridico.

A differenza del problema dell'appartenenza della prima costituzione, la domanda sulla giustificazione del dovere di obbedire ad essa e con le altre norme di un sistema giuridico non è priva di senso. Il problema principale della nozione di validità come forza obbligatoria di Kelsen consiste nel confondere il problema della giustificazione del dovere di rispettare le norme giuridiche (anche quando può configurarsi come un dovere giuridico fondato sopra l'esistenza di un'altra norma che stabilisca questo dovere) con la nozione di validità nel senso di conformità alle norme superiori che regolano la produzione normativa¹⁸.

Bulygin segnala l'ambiguità con la quale Kelsen impiega il termine validità¹⁹ e fa notare, inoltre, come la validità intesa nel senso di conformità alle norme superiori che condizionano la produzione giuridica non implica l'obbligatorietà delle norme stesse. Inoltre, Bulygin osserva che la nozione di obbligatorietà adottata da Kelsen consiste in una giustificazione morale del dovere di obbedire al diritto, il che contrasta con il suo piano positivista di descrivere il diritto vigente²⁰.

Seguendo Alf Ross²¹, Bulygin rigetta il nesso tra forza obbligatoria e validità giuridica e afferma che la questione dell'esistenza di un dovere morale di obbedire al diritto non può trovare una risposta nell'ambito della teoria del diritto, attraverso una semplice analisi della struttura dell'ordinamento giuridico e delle sue norme²².

Tuttavia, a differenza di Ross, Bulygin sostiene che l'obbligatorietà può essere ricostruita come un concetto che descrive un dovere giuridico e, in tal modo, può quindi essere compatibile con una teoria positivista del diritto²³ e può rivelarsi come un concetto non superfluo²⁴. In questo modo, Bulygin sottolinea la differenza tra la questione relativa alla validità intesa come conformità alle norme sulla produzione giuridica e quella relativa all'obbligatorietà delle norme giuridiche. Inoltre, Bulygin propone di sostituire il concetto di obbligatorietà con un concetto descrittivo, come quello di applicabilità. Quest'ultimo non consiste nell'imporre un dovere nei

¹⁸ In un senso simile, cfr. Celano, 2009: 77-126; Ferrer, Rodríguez, 2011: 54.

¹⁹ La letteratura critica sopra la confusione tra validità ed obbligatorietà è vasta e, perciò, mi limito a citare a mero titolo di esempio: Hart, 1958; Ross, 1969; Raz, 1979; Nino, 1985; Bulygin, 1990; 2005; 2006; Guastini, 1992; 2013; Moreso, Navarro, 1993; Celano, 1999.

²⁰ Bulygin, 2006: 96-98.

²¹ Ross ha sostenuto che la nozione di obbligatorietà si traduce in un dovere morale, caratteristico delle dottrine giusnaturaliste, di obbedire al diritto. Se la forza obbligatoria fosse un dovere giuridico, allora sarebbe una questione superflua, dato che in questo modo la validità delle norme consisterebbe semplicemente nel reiterare ciò che esse stesse prescrivono. Se la forza obbligatoria consiste in un dovere morale dunque, sostiene Ross, questa tesi sarebbe incompatibile con il positivismo giuridico in quanto teoria che afferma la separazione concettuale tra diritto e morale. Ross, 1969: 17, 29, 39-43.

²² Bulygin, 2006: 96-98.

²³ Bulygin, 2005:110; Bulygin, 2006: 99.

²⁴ Cfr. Ross, 1958: 18, 19; 1969: 17, 29, 39-43.

confronti dei cittadini ma, piuttosto, nel descrivere doveri giuridici diretti ai giudici²⁵. Attraverso il concetto di applicabilità, Bulygin constata che i sistemi giuridici contengono norme che prescrivono agli organi dell'applicazione di utilizzare come fondamento delle proprie decisioni altre norme, anche nel caso in cui non appartengano al sistema.

Inoltre, Bulygin osserva che la confusione tra validità e obbligatorietà delle norme giuridiche ha portato Kelsen a sostenere la tesi della clausola alternativa tacita (d'ora in avanti, CAT). Secondo questa tesi controversa, sebbene le norme che disciplinano la produzione ed il contenuto delle future leggi o sentenze apparentemente obbligano il legislatore o il giudice ad emanare, rispettivamente, una legge generale o una sentenza conformemente alle prime, in realtà contengono tacitamente un'autorizzazione che permette al legislatore e al giudice di produrre norme irregolari – sempre che il controllo di regolarità delle norme prodotte non sia demandato ad un organo diverso²⁶. Se, invece, il controllo di legittimità è affidato ad un organo diverso, allora sarà quest'ultimo che deciderà in modo definitivo quali norme possono produrre, o continuare a produrre, effetti giuridici. Dato che solo la decisione interpretativa degli organi competenti per il controllo può produrre l'espulsione dall'ordinamento giuridico delle norme interpretate da questi come invalide, le norme irregolari devono essere utilizzate come fondamento per le decisioni degli organi dell'applicazione fino a che non vengano espressamente dichiarate invalide dagli organi competenti.

La tesi della CAT ha generato un ampio dibattito nella teoria giuridica ed è stata rigettata e criticata da molti teorici del diritto, tra i quali Eugenio Bulygin. Quest'ultimo segnala che la CAT è una tesi che contraddice le idee fondamentali della teoria del diritto di Kelsen, come quelle di concepire gli ordinamenti giuridici come dinamici e gerarchicamente strutturati. Accettando questa presunta autorizzazione – secondo Bulygin – le norme inferiori non dovrebbero in alcun caso conformarsi a quelle superiori, così come le norme individuali emanate dai giudici non sarebbero soggette alle norme generali. Tutto questo porterebbe a concludere che i giudici godono di una discrezionalità assoluta e cadrebbe così a pezzi il progetto kelseniano di assumere una posizione intermedia che possa collocarsi tra formalismo e decisionismo²⁷.

In questa occasione non approfondirò ulteriormente le critiche alla CAT²⁸. Per

²⁵ Jordi Ferrer e Jorge Rodríguez hanno sostenuto che è possibile elaborare una nozione descrittiva di forza obbligatoria (distinta da quella di applicabilità) a condizione che ci si limiti ad affermare l'esistenza di una norma che impone ai cittadini il dovere di soddisfare un'altra norma, senza che ciò comporti un coinvolgimento con il dovere di obbedire a quest'ultima. Cfr. Ferrer, Rodríguez, 2011: 55.

²⁶ Si veda Kelsen, 1960: 277 ss. Nonché Kelsen, 1934: 93-120; Kelsen, 1945: 401-407.

²⁷ Per lo sviluppo di queste critiche, può rinviarsi a Nino, 1985: 32-34; Moreso, 1993; Gianformaggio, Paulson, 1995; Ruiz Manero, 1990: 65-67; Ruiz Manero, 1995; Bulygin, 1995.

²⁸ In difesa della CAT si sono pronunciati Comanducci, 1998; 2012 e Ratti, 2014. Sul tema, cfr. Chahuan, 2017; 2018.

il momento mi interessa solo sottolineare che, sulla base delle critiche formulate alla nozione di obbligatorietà e alla tesi della CAT proposte da Kelsen, Bulygin introduce il concetto di applicabilità per analizzare, tra altri temi, quello della produzione di effetti giuridici da parte di norme irregolari. Nello schema concettuale proposto da Bulygin le norme irregolari sono norme invalide, ovvero non appartenenti all'ordinamento giuridico le quali, però, possono essere applicabili.

3. Il concetto di applicabilità di norme giuridiche

Nei sistemi giuridici possono esservi norme dirette agli organi dell'applicazione che impongono l'obbligo di applicare altre norme giuridiche, anche nel caso in cui queste non appartengano al sistema giuridico di riferimento²⁹. Il dovere imposto dalle norme sull'applicazione non si sovrappone a quello imposto dalle norme l'applicazione delle quali viene prescritta, giacché le norme di applicazione impongono un dovere diverso da quello prescritto dalle norme la cui applicazione viene disposta. Bulygin propone la seguente definizione di applicabilità:

Una norma N_1 è applicabile ad un caso C se e solo se un'altra norma N , appartenente ad un sistema S , prescrive il dovere di applicare N_1 nel caso C ³⁰.

Una norma è, dunque, applicabile solo se esiste un'altra norma che obbliga o autorizza i giudici ad applicarla in determinati casi. Questo implica che se non vi è una norma che impone o autorizza l'applicazione di un'altra norma, allora non può dirsi che quest'ultima è applicabile³¹, giacché l'applicabilità risponde alla domanda relativa a quali norme siano applicabili ad un caso determinato³². I criteri o norme ultimi di applicazione non sono in sé applicabili, come non lo sono le norme sovrane o indipendenti³³. In questo modo, si evita che si possa avere una catena infinita di applicabilità che si formerebbe qualora si esigesse che la norma N_2 che ordina di applicare la norma N_1 sia, a sua volta, applicabile – giacché dovrebbe aversi un'altra norma N_3 che sia a sua volta applicabile e così via, all'infinito. Lo *status* dei criteri ultimi di applicabilità, in relazione alla loro apparenza ad un sistema, è analogo a quello delle norme sovrane e indipendenti. Così come le norme supreme appartengono al sistema giuridico per definizione, i criteri ultimi di applicabilità sono applicabili per definizione³⁴.

²⁹ Bulygin, 2006: 99.

³⁰ Bulygin, 1982: 196 [Traduzione italiana del Traduttore].

³¹ Bulygin, 2005: 114-115.

³² Bulygin, 1982: 198; Bulygin, 2006: 99.

³³ Bulygin, 1982: 115.

³⁴ Cfr., in questo senso, Ferrer, Rodríguez, 2011: 60.

I concetti di applicabilità e di appartenenza riferiti alle norme sono tra loro indipendenti. La validità fa riferimento alla regolarità nella produzione normativa il che, secondo Bulygin, implica l'appartenenza al sistema giuridico. L'insieme di norme valide di un sistema giuridico in un momento dato non coincide necessariamente con l'insieme di norme che sono applicabili ad un caso. I criteri di applicabilità, infatti, devono appartenere al sistema vigente nel momento in cui il giudice pronuncia la sentenza³⁵. Una norma appartenente ad un sistema giuridico può non essere applicabile, ad esempio, se non regola il caso in questione oppure se si trova nel periodo di *vacatio legis*. Dall'altro lato, si possono avere norme che non appartengono ad un dato sistema giuridico ma che, nonostante ciò, possono essere utilizzate come fondamento di una decisione giudiziale, sempre che un'altra norma appartenente – questa sì – al sistema di riferimento ne ordini l'applicazione. È questo il caso delle norme del diritto internazionale privato, le quali ordinano l'applicazione di norme del diritto straniero che sono applicabili perché un'altra norma, appartenente al sistema giuridico, ne ordina l'applicazione. Bulygin mostra che il concetto di applicabilità è utile per spiegare alcuni istituti, come quello del rinvio (che può essere di primo grado, di secondo grado, etc.) con il quale una norma del sistema giuridico di un certo paese stabilisce, per alcuni casi, l'applicabilità di una norma di un sistema straniero. A sua volta, tale sistema può stabilire un nuovo rinvio al sistema precedente oppure ad un altro³⁶.

In modo simile, le norme irregolari sono norme non appartenenti all'ordinamento giuridico la quali possono, però, essere applicate³⁷. Al riguardo, bisogna considerare che Bulygin fa coincidere la validità con l'appartenenza di una norma ad un sistema giuridico. Secondo questo autore, appartengono ad un sistema giuridico le norme che sono state create in modo conforme a tutte le norme che ne condizionano la produzione normativa e, inoltre, tutte le norme che sono conseguenza logica di queste³⁸. Secondo Bulygin, le norme create in modo irregolare sono norme invalide

³⁵ Bulygin, 1982: 202; Bulygin, 1991: 267.

³⁶ Bulygin, 2006: 100.

³⁷ Bulygin, 1991: 266.

³⁸ Alchourrón y Bulygin, 1971: 86-89; Alchourrón y Bulygin, 1979: 73-76. Sulla deducibilità quale criterio di appartenenza ai sistemi giuridici, alcuni autori hanno mosso diverse critiche. Caracciolo sostiene che la deducibilità è un criterio per dare conto del carattere statico dei sistemi giuridici, mentre la legalità è il criterio di appartenenza alla successione dinamica del diritto. Caracciolo, 1988: 66-67. Rodríguez, su questa linea, propone che il criterio di legalità non venga concepito come un criterio di appartenenza ad un sistema statico delle norme derivate ma, piuttosto, come un criterio per determinare in quali circostanze si possa assumere che un sistema statico appartenga ad un sistema dinamico. Rodríguez afferma inoltre che, quando si riconduce un sistema statico alla successione dinamica, in seguito ad un atto di promulgazione, tale norma entra a far parte del nuovo sistema della successione sulla base del criterio di legalità. Quest'ultimo autore sostiene che la deducibilità non è un criterio di appartenenza agli insiemi della successione dinamica dell'ordinamento giuridico ma, piuttosto, è un elemento vincolato con l'opera della dogmatica, al momento di giustificare o ricostruire le decisioni giudiziali, in quanto si tenta di dare

– e, pertanto, non appartenenti al sistema giuridico – che, però, i giudici hanno comunque il dovere giuridico di applicare, sempre che così sia prescritto da altre norme appartenenti al sistema³⁹.

Bisogna inoltre tenere presente che la validità e la deducibilità non sono gli unici criteri di appartenenza ai sistemi giuridici che sono stati proposti. Autori che difendono teorie realiste del diritto sostengono che appartengono ad un sistema giuridico tutte quelle norme che sono efficaci o vigenti. I criteri di appartenenza delle norme giuridiche sono empirici, in quanto dipendono dal *fatto* che vengano applicate dagli organi competenti ad utilizzarle come premesse delle proprie decisioni, oppure dalla probabilità che questi le applichino⁴⁰. Secondo queste proposte, anche le norme create in modo irregolare possono appartenere all'ordinamento giuridico, a condizione che siano efficaci o vigenti.

4. L'irregolarità delle norme come prodotto di una decisione interpretativa

Inizierò con una domanda: come si determina l'irregolarità di una norma giuridica? Per rispondere a questa domanda, può essere utile rendere esplicito cosa si intende per norma, con l'avvertenza che in queste pagine farò riferimento esclusivamente alle norme espresse (salvo diversa indicazione) e, inoltre, che non mi occuperò di norme consuetudinarie.

Facendo uso della distinzione, ormai consolidata nella letteratura giuridica, tra norme e disposizioni, con norma si intende il contenuto di significato delle seconde. Le disposizioni sono enunciati normativi contenuti in una fonte del diritto i quali, una volta che sono oggetto di un'operazione di interpretazione, danno come risultato – ovvero “esprimono” – una norma⁴¹.

Se si tiene in considerazione la distinzione tra disposizioni e norme, può mettersi in evidenza che l'applicazione di una disposizione coincide con la sua interpretazione, ovvero un atto di attribuzione di significato dal quale si ricava una norma⁴². L'applicazione di una norma consiste, invece, nell'utilizzarla come fondamento, o premessa, di una decisione⁴³.

L'irregolarità di una norma è dunque conseguenza di una decisione interpretativa, che produce o meno effetti giuridici a seconda del fatto che l'interprete sia un organo competente. Attraverso questa decisione di attribuzione di significato si può

conto delle norme che sono rilevanti per la soluzione di un caso. Cfr. Rodríguez, 2011:135-138. Sul ruolo dei criteri di legalità e deducibilità, cfr. inoltre Moreso, Navarro, 1993.

³⁹ Bulygin, 1982: 199.

⁴⁰ Cfr., a mero titolo di esempio, Ross, 1958: 61 ss.; Guastini, 1996: 311 ss.; Guastini, 1995: 130 ss.

⁴¹ Alchourrón, Bulygin, 1971: 37; Guastini, 1996: 92 ss.

⁴² Guastini, 2011: 399-405.

⁴³ Guastini, 2010: 283; Pino, 2012: 59-63.

stabilire che una norma contraddice una o più disposizioni che, a loro volta, sono state interpretate, ovvero le norme che stabiliscono i requisiti o le condizioni per la produzione normativa. In altri termini, si può stabilire che vi è un'antinomia tra norme di diverso grado gerarchico⁴⁴.

Gli organi competenti per l'esercizio del controllo di regolarità della produzione normativa decidono se gli organi dell'applicazione del sistema possano continuare ad utilizzare una norma come fondamento delle proprie decisioni. Questa conclusione può essere considerata corretta o scorretta, secondo qualche standard di correttezza, oppure non soggetta a tali parametri⁴⁵.

5. Osservazioni critiche sul concetto di applicabilità come spiegazione del fenomeno dell'applicazione delle norme irregolari

L'applicazione di una norma è qualcosa di diverso da quello che viene descritto mediante il concetto di applicabilità. La prima è una constatazione fattuale sull'efficacia di una norma, mentre l'applicabilità è un concetto che descrive l'esistenza di alcuni elementi di un sistema giuridico che possono giustificare normativamente il fatto che una norma possa essere applicata⁴⁶. Non è lo stesso dire che una norma è *applicabile* (ovvero che vi è una norma specifica che impone l'obbligo di applicarla) e dire che una norma è *applicata* (ovvero che funge da premessa di una decisione).

Se si considera quanto detto in precedenza, nonostante l'applicabilità possa considerarsi come uno strumento utile per constatare che i sistemi giuridici contengono norme di applicazione, non offre però una risposta soddisfacente per spiegare l'applicazione di norme giuridiche irregolari. Da una parte, questa risposta non prende

⁴⁴ Le norme sulla produzione giuridica sono strutturalmente o formalmente sovraordinate rispetto alle norme prodotte, in quanto le prime stabiliscono i requisiti, o condizioni, per la creazione delle seconde. Le norme sulla produzione sono, inoltre, logicamente sovraordinate rispetto alle norme prodotte, in quanto le prime vertono meta-linguisticamente sulle seconde. Inoltre, quando le norme sulla produzione stabiliscono dei limiti al contenuto delle norme da produrre, le prime sono materialmente sovraordinate rispetto alle seconde. Cfr. Guastini, 1996: 376-387; 2011:165-172.

⁴⁵ Sostenere che l'irregolarità delle norme giuridiche è il prodotto di una decisione interpretativa non dice nulla circa il fatto che tale decisione possa (in ogni, qualche, o nessun caso) essere regolata da certi criteri di correttezza, in virtù dei quali può o meno affermarsi che gli interpreti possono sbagliarsi. Questa è una considerazione di natura diversa, che non incide su quanto si è sostenuto finora – ovvero che vi sono certe decisioni interpretative che producono conseguenze giuridiche mentre altre no, a seconda del modo in cui un sistema giuridico è strutturato.

⁴⁶ Moreso e Navarro hanno introdotto la distinzione tra applicabilità interna ed esterna. La seconda coincide con il concetto di applicabilità presentato da Bulygin. L'applicabilità interna, invece, non richiede necessariamente che vi sia una norma del sistema che renda obbligatoria l'applicazione di un'altra norma. Secondo Moreso e Navarro, una norma è internamente applicabile ai fatti o stati di cose regolati dal suo "ambito di validità". Moreso, Navarro, 1996: 125 ss. Alcune critiche a questa distinzione possono leggersi in Ferrer, Rodríguez, 2011: 58 ss.

in considerazione l'applicazione di norme irregolari rispetto alle quali non esistono norme di applicazione. Dall'altra parte, non prende in considerazione alcuni elementi strutturali dei sistemi giuridici che ritengo imprescindibili al fine di dare conto di questo fenomeno – ovvero i meccanismi di controllo della regolarità.

L'esistenza di norme sull'applicazione è una questione contingente che dipende dal fatto che un sistema giuridico contenga in concreto norme che impongono agli organi dell'applicazione il dovere di applicare un'altra norma in un caso specifico. Per questo il concetto di applicabilità proposto da Bulygin può spiegare solo quelle situazioni nelle quali effettivamente esistono norme di questo tipo, ma non copre i casi in cui una norma irregolarmente prodotta viene di fatto applicata senza che esista, però, un'altra norma che ne ordini l'applicazione. In questo modo, può accadere – e, di fatto, accade – che in un sistema giuridico esistano norme che ordinano l'applicazione di alcune norme e, allo stesso tempo, che vi siano altre norme rispetto alle quali tali norme sull'applicazione non esistono. Queste ultime sarebbero inapplicabili ma, tuttavia, possono essere egualmente di fatto applicate, ovvero utilizzate come premesse nelle decisioni giudiziali⁴⁷. Questo può essere spiegato dal disegno istituzionale dei sistemi giuridici: sono le autorità normative che decidono le norme che possono essere utilizzate come fondamento delle decisioni giudiziali.

Le norme di applicazione illustrate mediante il concetto di applicabilità fanno riferimento a norme positive che stabiliscono un dovere specifico di applicare un'altra norma in concreto e non una norma che stabilisca un dovere generale diretto ai giudici di applicare le norme del sistema giuridico stesso. Bulygin ritiene che l'introduzione di un dovere di questo tipo sarebbe inutile⁴⁸. Questi infatti segnala che, quando non vi è una norma che ordina l'applicazione di un'altra norma per casi determinati, non si può dire che quest'ultima sia applicabile⁴⁹, in quanto l'applicabilità risponde alla domanda di quali siano le norme applicabili ad un caso determinato⁵⁰.

Di conseguenza, sembrerebbe che il concetto di applicabilità proposto da Bulygin non faccia riferimento a figure come la presunzione di conformità alla costituzione, intesa come un dovere generale rivolto ai giudici di applicare le norme prodotte dal legislatore, anche quando vi siano dubbi sulla loro legittimità costituzionale. Attraverso la presunzione di costituzionalità si danno per valide tutte le norme approvate e promulgate dal legislatore. Questo si traduce nel fatto che gli organi dell'applicazione sono tenuti ad applicarle come premesse delle loro decisioni – se regolano il caso – e non possono invece disapplicarle, anche quando ne mettono in dubbio la costituzionalità; in questo caso, infatti, devono sollecitare l'organo al quale sono attribuite le competenze del controllo di legittimità affinché si pronunci

⁴⁷ In un senso simile, cfr. Navarro, Orunesu, Rodríguez, Sucar, 2000:145.

⁴⁸ Cfr. Bulygin, 1967.

⁴⁹ Bulygin, 2005:114-115; Bulygin, 2006: 99-100.

⁵⁰ Bulygin, 1982:198.

al riguardo. La presunzione di costituzionalità può essere derogata, quindi, solo da una decisione dell'organo competente per il controllo di legittimità costituzionale.

La situazione con la quale Bulygin esemplifica l'esistenza di norme sull'applicazione rispetto a norme irregolari è la seguente: una corte costituzionale crea una norma sulla applicazione quando si pronuncia su una questione di legittimità costituzionale e la sua decisione obbliga i giudici ad applicare una determinata norma che è stata sottoposta al suo giudizio e che, secondo la sua interpretazione, è conforme alla costituzione.

Può anche accadere che una norma sia applicabile a un determinato caso, malgrado che tale norma non appartenga ad alcun sistema dell'ordinamento giuridico in questione e neppure ad alcun sistema di alcun altro ordinamento giuridico. Ciò accade, ad esempio, con una legge incostituzionale, cioè con una legge promulgata da un'autorità incompetente. (Un'autorità può essere incompetente per tre motivi distinti: (a) perché si tratta di un organo diverso da quello autorizzato; (b) perché non è stato seguito il procedimento adeguato; e (c) perché la norma promulgata entra in conflitto con qualche principio o garanzia costituzionale; quest'ultimo è il caso più frequente.) E tuttavia una legge incostituzionale può essere applicabile, ad esempio, se la corte costituzionale l'ha dichiarata costituzionale. Orbene, la costituzionalità di una legge non dipende da ciò che dice la corte costituzionale, ed una legge emanata da un'autorità non competente continua ad essere incostituzionale, malgrado l'opinione della corte costituzionale. Tuttavia, è la decisione della corte costituzionale che determina l'applicabilità della legge. Se la corte dice (erroneamente) che la legge è costituzionale, la legge sarà applicabile, benché invalida nel sistema⁵¹.

Ebbene, ci si può chiedere (prima che ci sia una decisione di un organo come una corte costituzionale): le norme create dal legislatore in modo irregolare sono applicabili?

Anche se è certo che lo stesso Bulygin non prende in considerazione – almeno espressamente – questa domanda, altri autori hanno collegato il concetto di applicabilità con la presunzione di conformità alla costituzione, ancorché per dar conto di situazioni rispetto alle quali tale presunzione non opera. In questo senso, José Juan Moreso – in *Sobre las normas incostitucionales* – assume che la presunzione di incostituzionalità sia una norma sull'applicazione e aggiunge che il concetto di applicabilità serve per spiegare le situazioni nelle quali i giudici sono obbligati ad applicare le norme del sistema giuridico, anche qualora siano considerate invalide. Tuttavia, non spiega le situazioni nelle quali gli organi dell'applicazione sono obbligati ad applicare solamente le norme conformi alla costituzione. Moreso osserva che nell'ordinamento giuridico spagnolo i giudici ordinari non sono autorizzati a disapplicare le norme di rango legislativo che considerano contrarie alla costituzione

⁵¹ Bulygin 1995a: pp. 243-244.

poiché, in tal caso, devono sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti al *Tribunal Constitucional*. Relativamente agli atti amministrativi, invece, nel diritto spagnolo esiste una regola diversa: anche se si assume una presunzione di legalità degli atti amministrativi agli effetti della loro esecuzione, i giudici ne vagliano altresì la regolarità, in quanto hanno il dovere di applicare solo quei regolamenti che risultano validi⁵².

Una situazione simile si ha nell'ordinamento giuridico cileno, nel quale la presunzione di conformità alla costituzione opera come una costruzione dottrinale, fondata sul disegno dei meccanismi di controllo della legittimità costituzionale. Con la riforma costituzionale del 2005, si è stabilito che i giudici – d'ufficio o su istanza di parte – possono chiedere al *Tribunal Constitucional* di essere autorizzati a disapplicare una norma, se ritengono che una sua applicazione ad un caso particolare sia contraria alla costituzione⁵³. Per quanto riguarda gli atti amministrativi, a partire dal 2003, è consolidata la presunzione di legalità degli stessi agli effetti della loro esecuzione, anche se – come avviene nel sistema giuridico spagnolo – tanto la pubblica amministrazione, quanto i giudici ordinari, possono controllarne la regolarità costituzionale⁵⁴.

Quello che mi interessa mostrare è che, tanto l'esistenza di una norma di applicazione proveniente da una corte costituzionale, così come la presunzione di conformità alla costituzione, sono strettamente vincolate alla struttura istituzionale dei meccanismi di controllo di regolarità della produzione normativa. Il fatto che i giudici non siano autorizzati a disapplicare una norma di rango legislativo, ancorché ritenuta irregolare, può essere spiegato dal fatto che il controllo di legittimità costituzionale si concentra in un altro organo competente in via esclusiva per decidere al riguardo. Per quanto riguarda i regolamenti emanati dalla pubblica amministrazione, invece, questi possono essere disapplicati dai giudici ordinari o dalla pubblica amministrazione stessa, proprio perché è attribuita agli organi dell'applicazione una parte di competenza nel controllo di conformità alla legge.

Su questo punto penso che si possa notare la critica più rilevante che, secondo me, può essere formulata alla proposta di Bulygin: il fatto che questa non faccia riferimento alcuno ai meccanismi di controllo della regolarità – intendendo, con questa locuzione, la previsione di istituzioni, costituite da norme giuridiche, che conferiscono poteri a determinati organi affinché si pronuncino sulla regolare produzione delle norme giuridiche. Ovvero, organi competenti per controllare che le norme giuridiche siano prodotte in conformità con i requisiti stabiliti dal sistema giuridico stesso. La configurazione e il funzionamento di questi organi permettono di spiegare come una norma, ancorché ritenuta irregolare, possa produrre effetti giuridici ed essere utilizzata come premessa nelle decisioni degli organi dell'applicazione,

⁵² Moreso, 1993:101-103.

⁵³ Art. 93 della *Constitución Política de Chile*.

⁵⁴ Artt. 3, 53 e ss. della *Ley* 19.880, 2003.

intanto che non venga espulsa dall'ordinamenti attraverso la decisione dell'interprete privilegiato (o "autentico", nel senso kelseniano⁵⁵), ovvero l'organo al quale è attribuita la competenza per decidere in materia di validità.

Negli ordinamenti dotati di costituzione rigida⁵⁶, vi sono alcune variabili che permettono di distinguere tra diversi tipi di meccanismo di controllo⁵⁷. Una di queste variabili riguarda il momento in cui si esercita il controllo, che può essere *a priori* – ovvero, prima dell'entrata in vigore di una norma – oppure *a posteriori* – ovvero, una volta che questa ha potuto essere applicata. I meccanismi di controllo si distinguono, inoltre, sulla base di quale sia l'organo competente per pronunciarsi sulla legittimità, distinguendosi tra controllo accentrato in un solo organo con competenza esclusiva e controllo diffuso, a carico di vari organi. Un altro fattore fa riferimento agli effetti della decisione dell'organo competente, ovvero se la decisione può produrre effetti esclusivamente per il caso concreto e *inter partes* oppure se è una decisione generale, con effetti *erga omnes*. Il rango (legislativo, regolamentare, giudiziale) nella gerarchia delle fonti occupato dalla norma può, a sua volta, incidere sul tipo di controllo nell'ambito di uno stesso sistema giuridico.

Nella maggior parte degli ordinamenti giuridici contemporanei le norme di rango legislativo sono soggette ad un controllo da parte di un organo diverso dal legislatore e che, di solito, è di tipo giudiziale⁵⁸. Tipicamente si distinguono tre modelli controllo di legittimità costituzionale che, a grandi linee, sono i seguenti⁵⁹.

Un primo modello è quello che si basa sul sistema nordamericano, consistente in un controllo di costituzionalità *a posteriori*, nel quale non si impedisce che una

⁵⁵ Il significato di "interpretazione autentica" impiegato da Kelsen è diverso da quello che abitualmente si utilizza nella teoria del diritto. Nel linguaggio giuridico comune, l'interpretazione autentica è quella realizzata dallo stesso autore del testo interpretato (ad esempio, l'interpretazione della legge realizzata dal legislatore). L'interpretazione autentica di Kelsen, invece, è quella realizzata da qualunque organo competente a compiere interpretazioni che, secondo l'ordinamento giuridico, siano idonee a produrre effetti giuridici. In questo senso, l'interpretazione autentica è quella che decide un certo significato che si impone su altre interpretazioni (ad esempio, l'interpretazione delle corti superiori). Kelsen, 1934: 80 ss.; 1950: XV, XVI; 1960: 349-356.

⁵⁶ Sono dette "rigide" quelle costituzioni che godono di un regime giuridico speciale, in quanto non possono essere modificate né derogate se non mediante uno speciale procedimento di riforma – che presenta particolari requisiti e quorum di approvazione – diverso da quello previsto per le leggi ordinarie. Inoltre, la conformità alle norme della costituzione è un requisito necessario per la validità delle norme giuridiche, essendo previsti meccanismi di controllo di costituzionalità. Guastini, 2001: 51, 55, 155, 186 ss.

⁵⁷ Possono, inoltre, essere previste condizioni per la regolare produzione di una norma anche in altri livelli del sistema giuridico. Così, in un certo numero di sistemi, gli atti emanati dall'esecutivo non sono solo subordinati alla costituzione ma, anche, agli atti di fonte legislativa (c.d. principio di legalità – o *rule of law* – amministrativo).

⁵⁸ Alcune critiche al controllo giudiziale delle decisioni di un legislatore democratico possono vedersi in Atria, 2000; Bieckel, 1986; Habermas, 2008; Waldron, 2005.

⁵⁹ Cfr. Favoreu, 1994; Ruiz Miguel, 2000; Ferreres Comellà, 1997; Rubio Llorente, 1997; Pegoraro, 1998; Prieto Sanchis, 2009.

norma venga introdotta nel sistema e possa essere applicata dai rispettivi organi. È un controllo che può essere esercitato, in via incidentale, da ogni giudice che sia chiamato a pronunciarsi su un caso concreto. Questo meccanismo è detto diffuso, in quanto tutti i giudici sono competenti per il controllo di legittimità, il che implica che qualsiasi giudice è autorizzato a disapplicare una norma qualora la ritenga in contrasto con la costituzione. Una caratteristica importante di questo tipo di controllo consiste nel fatto che le decisioni di legittimità, generalmente, hanno effetti *inter partes*, ovvero sono circoscritti al caso oggetto della controversia, il che non impedisce che gli altri giudici applichino la norma che è stata soggetta al giudizio di legittimità – sempre che non si tratti di una sentenza della Corte Suprema.

Un secondo modello, che vige in paesi come la Spagna, l'Italia e la Germania, è conosciuto come “modello kelseniano”, o europeo⁶⁰. Si tratta di un controllo di costituzionalità anch'esso *a posteriori* ma concentrato in un solo organo, il quale ha la competenza esclusiva per pronunciarsi – con effetti giuridici *erga omnes* – sulla legittimità costituzionale di una norma. La decisione di incostituzionalità emessa dall'organo competente può produrre l'espulsione dall'ordinamento della norma in questione, impedendo agli organi dell'applicazione di continuare ad impiegarla come premessa delle proprie decisioni. L'organo al quale si attribuisce tale competenza solitamente è un organo di tipo giudiziale, una corte costituzionale oppure, altre volte, la corte suprema che, tra le altre funzioni, assume appunto il ruolo di controllore della legittimità costituzionale delle norme.

Un terzo modello è quello di tipo accentrato ed astratto ma che si esercita *a priori*, ovvero prima dell'entrata in vigore di una norma. L'organo incaricato del controllo preventivo di costituzionalità può essere un organo di tipo politico, come avviene in Francia (con il *Conseil constitutionnel*) oppure un organo giurisdizionale, come avviene in Chile (con il *Tribunal Constitucional*). Di solito, non tutte le norme sono soggette ad un controllo preventivo di carattere obbligatorio, ma solo norme di determinate fonti⁶¹.

Senza dubbio, questi modelli sono stati costruiti sopra il modo in cui sono strutturati i meccanismi di controllo di certi sistemi giuridici, molti dei quali hanno

⁶⁰ Non tutti i paesi europei sono dotati di un controllo di legittimità costituzionale accentrato. Ad esempio, la Grecia, la Svezia, la Danimarca e la Norvegia hanno un meccanismo di controllo di tipo diffuso.

⁶¹ In Cile, il *Tribunal Constitucional* controlla in via preventiva e obbligatoriamente le leggi d'interpretazione della Costituzione, le leggi organiche e i trattati internazionali che riguardano materie che andrebbero regolate da fonti di questi ultimi due tipi (art. 93 N° 1). Su richiesta di certi organi, controlla inoltre, in via preventiva, progetti di legge, di riforma costituzionale e di trattati sottoposti ad approvazione da parte del *Congreso* (art. 93 N° 1). In relazione ai decreti aventi forza di legge, questi sono sottoposti ad un controllo previo effettuato dalla *Contraloría General de la República*, chiamato “toma de razón” [che potrebbe tradursi con l'espressione italiana “controllo di ragionevolezza”, N.d.T.]. Le decisioni della *Contraloría* sulla costituzionalità dei decreti possono essere impugnate davanti al *Tribunal Constitucional* (art. 93 N° 9).

incorporato caratteristiche di altri modelli. Così, per esempio, nel sistema statunitense, le decisioni della Corte Suprema costituiscono un precedente obbligatorio per gli organi dell'applicazione (c.d. *stare decisis*) e, inoltre, vi sono alcune situazioni nelle quali è previsto un controllo in astratto⁶².

A loro volta, nei sistemi che presentano un controllo accentrato (*a priori* o *a posteriori*) e con effetti *erga omnes*, anche se i giudici ordinari non hanno la competenza per pronunciarsi sulla costituzionalità delle norme, generalmente si hanno istituti come quello della questione di legittimità costituzionale, attraverso il quale i giudici svolgono il ruolo di “filtro preliminare”. Nell'ordinamento spagnolo, italiano, tedesco e cileno è previsto che quando un giudice – che è chiamato a pronunciarsi su un caso concreto – mette in dubbio la legittimità costituzionale di una norma applicabile al caso, oppure laddove ne faccia richiesta una delle parti, debba sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti alla corte costituzionale oppure alla corte suprema (a seconda di quale sia l'organo competente), affinché quest'ultima si pronunci sulla costituzionalità e, eventualmente, autorizzi il giudice a non applicare la norma in questione⁶³. In tutti questi casi, il giudice del caso concreto – anche se non si pronuncia sulla costituzionalità della norma – esercita comunque un controllo di legittimità parziale, giacché è questi che può decidere di sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti all'organo competente, se ritiene che la norma in questione sia incostituzionale.

Inoltre, come si è segnalato in precedenza, nei sistemi con controllo accentrato può accadere che, rispetto ad alcune norme, si adotti anche un controllo di tipo diffuso, come avviene in Spagna relativamente a norme della pubblica amministrazione – che i giudici possono disapplicare, se ritengono che siano state emanate in modo irregolare.

Esistono, inoltre, dei meccanismi ibridi o misti – come avviene in Brasile – nei

⁶² Ad esempio, è previsto un procedimento per dichiarare l'incostituzionalità di norme giuridiche per la violazione del Primo Emendamento (violazione della libertà di espressione o della libertà di stampa). Sulle varie sfumature nel sistema statunitense, può vedersi Virgala Foruria, 2001: 77-124.

⁶³ Nel sistema giuridico spagnolo, la questione della legittimità costituzionale è trattata dall'art. 163 della Costituzione ed è regolata nella Legge organica sul *Tribunal Constitucional* (artt. 35 e ss.). In Italia, la Legge costituzionale del 1948 prevede un controllo accentrato e *a posteriori*, in via incidentale, mentre la questione di legittimità costituzionale è regolata dall'art. 23 della Legge 87/1953. Per quanto riguarda la Germania, si veda l'art. 100, paragrafo 1, numero 2, della Costituzione, nonché gli artt. 80 e ss. della legge sul *Bundesverfassungsgericht*. A partire dal 2008, in Francia esiste un controllo in concreto nel quale i giudici possono presentare questioni di incostituzionalità, previa approvazione della *Cour de cassation* oppure del *Conseil d'État* (art. 61-1(1) della Costituzione francese). In Cile è previsto che i giudici ordinari siano autorizzati a chiedere al *Tribunal Constitucional* di disapplicare una norma di rango legislativo (art. 93 N° 6 e 7 della Costituzione), oppure un decreto (art. 93 N° 4) e, inoltre, delle norme regolamentari dei tribunali (art. 93 N° 2) e del Presidente della Repubblica (artt. 93 N° 9 e 16). Inoltre, una volta che il *Tribunal Constitucional* autorizza i giudici a disapplicare una norma perché incostituzionale, potrà avviarsi un'azione di incostituzionalità per il suo annullamento – azione che può altresì essere d'ufficio (artt. 93 N° 7 e 93 inciso 11 della Costituzione cilena).

quali si ha tanto un controllo diffuso a carico di tutti i giudici (i quali possono disapplicare, se la ritengono incostituzionale, una norma relativa al caso loro sottoposto), quanto un controllo accentato e astratto, attraverso il quale può impugnarsi direttamente una norma con un'azione di incostituzionalità da presentarsi davanti al *Supremo Tribunal Federal* brasiliano, il quale provvede con una decisione che ha efficacia *erga omnes*⁶⁴.

Con quanto appena detto in relazione ai diversi modelli mi interessa evidenziare che, a seconda di quale sia il meccanismo di controllo della regolarità delle norme giuridiche e di come venga strutturato ed organizzato, dipenderà se queste possano produrre conseguenze giuridiche. Riguardo agli effetti giuridici delle decisioni di incostituzionalità con effetti *erga omnes*, possono farsi alcune precisazioni.

Quando, attraverso una sentenza dell'organo competente, si decide che una norma è incompatibile con la Costituzione per il fatto che non si adegua ai requisiti di validità formali, generalmente si avrà come conseguenza l'eliminazione dell'intero testo che la contiene, a prescindere da qualsiasi interpretazione delle sue disposizioni. Una sentenza di una corte costituzionale o di una corte suprema con la quale si decide che una norma è incostituzionale per ragioni di invalidità materiale, invece, presuppone necessariamente un'attività di interpretazione sostanziale delle relative disposizioni. Possono, però, darsi anche diverse situazioni.

Una di queste consiste nel fatto che, come conseguenza della decisione di incostituzionalità di una norma, può eliminarsi interamente il testo che la contiene perché si ritiene che esprima solo norme che sono tutte incompatibili con la Costituzione. Può, inoltre, accadere che si eliminino solo alcune disposizioni di un testo. Può, ancora, essere eliminata una sola parte di una disposizione che si ritiene incompatibile con la Costituzione, anche se viene preservato il resto della disposizione, così come il testo che la contiene. Ancora, può accadere che si decida che una disposizione possa essere interpretata in modi differenti e che una di queste interpretazioni sia incompatibile con le norme costituzionali, ma non le altre. In casi come questo, non si elimina la disposizione ma, piuttosto, si impedisce agli organi dell'applicazione di interpretare in un certo modo la disposizione, ovvero nel modo in cui può esprimere una norma illegittima⁶⁵.

Queste questioni interpretative relative alla decisione della legittimità costituzionale di una norma mostrano che l'organo al quale è attribuita la competenza per il controllo di legittimità è l'interprete che decide, in modo definitivo, se una norma possa produrre o possa continuare a produrre effetti giuridici. Queste considerazioni, a mio parere, sono assenti nella proposta di Bulygin e, inoltre, consistono in ciò che può essere recuperato dalla tesi della CAT presentata da Kelsen. Anche se, indubbiamente, questa tesi è stata formulata in modo paradossale a causa di alcu-

⁶⁴ Artt. 102 e 103 della Costituzione brasiliana.

⁶⁵ Cfr. Guastini, 2011: 302 ss.

ne confusioni concettuali, credo che Kelsen avrebbe potuto aver ragione se avesse collegato la questione dell'incostituzionalità con le considerazioni sui meccanismi di controllo. In quest'ottica, Kelsen afferma:

so kann auch die Frage, ob eine von einem Rechtsorgan erzeugte Norm der ihre Erzeugung oder auch ihren Inhalt bestimmenden höheren Norm entspricht, nicht von der Frage getrennt werden, wer zur Entscheidung der vorangehenden Frage von der Rechtsordnung ermächtigt ist⁶⁶.

In modo analogo, si pronuncia Bruno Celano in *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, laddove afferma:

In breve: in ambito giuridico, il problema della regolarità di atti di produzione giuridica è sempre il problema della *garanzia* di tale regolarità – della sua *garanzia giuridica*, ossia: se il diritto stesso offra o meno i mezzi necessari per pervenire a un giudizio sulla questione di regolarità [...] Il modo in cui può accadere che il diritto offra tale garanzia consiste, precisamente, nel conferimento di un potere: nella specificazione di un organo abilitato a pronunciare il giudizio di regolarità e delle modalità cui tale organo deve attenersi nel formulare tale giudizio⁶⁷.

Qualche pagina dopo, Celano sostiene che:

Nel diritto [...] può accadere, quali che siano le condizioni di validità specificate dal diritto stesso, che atti o norme che non soddisfano tali condizioni siano trattati, da giuristi e operatori giuridici, come validi, e che il giudizio sulla loro validità sia deferito, dal diritto stesso, a un particolare organo, in maniera tale che solo il giudizio reso da tale organo, in esecuzione di una procedura determinata, abbia conseguenze giuridiche⁶⁸.

L'analisi delle norme irregolari richiede che si prendano in considerazione i meccanismi di controllo che vengono previsti in ogni ordinamento giuridico. Un'interessante questione politica, che eccede l'oggetto di questo articolo, consisterebbe nel valutare il modo in cui viene strutturato il meccanismo di controllo di legittimità costituzionale, ovvero valutare la decisione di depositare il controllo delle norme giuridiche ad un organo piuttosto che ad un altro. In questo lavoro, mi sono limitata a cercare di mostrare che quali siano gli organi che decidono sulla legittimità

⁶⁶ Kelsen, 1960: 272. [Traduzione italiana del Traduttore: «allo stesso modo, la questione se una norma emanata da un organo giuridico si conformi alla norma superiore che determina la sua creazione o il suo contenuto, non può essere separata dalla questione relativa a chi sia autorizzato dall'ordinamento giuridico alla decisione della questione precedente»].

⁶⁷ Celano, 2002: 121.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 129-130.

normativa, così come gli effetti di tali decisioni, sono questioni indispensabili per un'analisi completa del fenomeno dell'applicazione delle norme che possono interpretarsi come irregolari.

6. Osservazioni finali

Le norme prodotte irregolarmente sono quelle che non si conformano ad uno o più dei requisiti stabiliti da altre norme dello stesso sistema giuridico che regolano la produzione normativa. L'irregolarità di una norma è il risultato di un'attività interpretativa consistente nella attribuzione di significato alle disposizioni che esprimono le norme stesse, così come delle disposizioni che esprimono le norme sulla produzione giuridica. Le norme irregolari possono, di fatto, essere applicate, ovvero possono essere utilizzate come premesse delle proprie sentenze dagli organi dell'applicazione, in quanto solo le decisioni di alcuni interpreti (ai quali viene attribuita la competenza per decidere sulla legittimità di una norma) impediscono che le norme possano produrre o continuare a produrre conseguenze giuridiche. Il fatto che le norme illegittime abbiano effetti giuridici è una questione strettamente connessa con un'irregolarità strutturale di ogni sistema giuridico: il modo in cui vengono configurati i meccanismi di controllo della legittimità che caratterizzano il sistema. Gli aspetti che prima sono stati menzionati non vengono presi in considerazione dal concetto di applicabilità ma, come si è potuto vedere, sono rilevanti al fine di analizzare le norme giuridiche irregolari.

Riferimenti bibliografici

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, trad. cast. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1979). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo.
- Atria, F. (2000). *Revisión judicial. El síndrome de la víctima insatisfecha*, «Estudios Público», 79, 2000, 347-402.
- Bieckel, A. (1986). *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press.
- Bobbio, N. (1975). *Per un lessico di teoria generale del diritto*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 47-55.
- Bulygin, E. (1967). *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, trad. cast. *Sentencia judicial y creación del derecho*, in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 355-370.

- Bulygin, E. (1982). *Time and Validity*, trad. cast. *Tiempo y Validez*, in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 195 e ss.
- Bulygin, E. (1990). *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, trad. cast. *Validez y positivismo*, in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 499-520.
- Bulygin, E. (1995a). *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 9, 1991, 257-270; trad. it. di R. Guastini, in E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, 231-256.
- Bulygin, E. (1995b). *Cognition and Interpretation of Law*, in L. Gianformaggio, S. Paulson (eds.), *Cognition and interpretation of law*, Torino, Giappichelli, 1995, 11-35.
- Bulygin, E. (2005). *El problema de la validez en Kelsen*, in H. Kelsen, E. Bulygin, R. Walter, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 99-124.
- Bulygin, E. (2006). *El positivismo jurídico*, México D.F., Fontamara.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Caracciolo, R. (1994). *La noción de sistema jurídico en la teoría del derecho*, México D.F., Fontamara.
- Celano, B. (1999). *La Teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*, Bologna, Il Mulino.
- Celano, B. (2002). *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale (Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto, n. 3)*, Milano, Giuffrè.
- Comanducci, P. (1998). *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, in Id., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 139-158.
- Comanducci, P. (2012). *Tomando a Kelsen en serio*, in G. Ramírez Cleves (ed.), *Ecos sobre Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado, 439-460.
- Chahuán, M. (2017). *Legislación de excepción. Una propuesta de análisis sobre la base de la teoría del derecho de Hans Kelsen*, «Diritto & Questioni Pubbliche», vol. 17/2, 57-78.
- Chahuán, M. (2018). *Sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita. Aspectos realistas que rescatar*, «Análisi e Diritto», vol. 2017, 257-299.
- Ferrer Beltrán, J. (2000). *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

- Ferrer Beltrán, J., Rodríguez, J.L. (2011). *Jerarquías normativas y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons.
- Ferreres Comellá, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons.
- Gianformaggio, L., Paulson, S. (eds.) (1995). *Cognition and interpretation of law*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (1992). *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (1996). *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (2001). *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (2010). *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2013). *The Basic Norm Revisited*, in L. Duarte d'Almeida, J. Gardner, L. Green (eds.), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford-Portland, Oregon Hart Publishing, 63-76.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del Derech*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Madrid, Trotta.
- Hart, H.L.A. (1958). *Positivism and the Separation of Law and Morals*, «Harvard Law Review», vol. 71, No. 4, Feb. 1958, 593-629.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Kelsen, H. (1934). *Reine Rechtslehre* (1ª ed.), trad. cast. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1960.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*, trad. cast. *Teoría General del Derecho y del Estado*, México D.F., UNAM, 1989.
- Kelsen, H. (1950). *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2000.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre* (2ª ed.), Wien, Österreichische Staatsdruckerei.
- Kelsen, H. (1962). *Derogation*, in O. Weinberg (ed.), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht-Boston, D. Reidel, 1973, 261-275.
- Kelsen, H. (1965). *Law and Logic*, trad. cast. *Derecho y Lógica*, México D.F., UNAM, 1978.
- Kelsen, H. (1979). *Allgemeine Theorie der Normen*, trad. ing. *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

- Kelsen, H. (1988). *La garantía jurisdiccional de la Constitucional (la justicia constitucional)*, in Id., *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Madrid, Debate, 109-156.
- Marmor, A. (2011) *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press.
- Moreso, J.J. (1993). *Sobre las normas inconstitucionales*, «Revista Española de Derecho Constitucional», 38, 81-115.
- Moreso, J.J., Navarro, P. (1993). *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Moreso, J.J., Navarro, P. (1996). *Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*, «Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho», 5, 119-139.
- Navarro, P., Orunesu, C., Rodríguez, J.L., Sucar, G. (2000). *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e Diritto 2000*, Torino, Giappichelli, 113-152.
- Nino, C.S. (1985). *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- Paulson, S. (1998). *Introduction*, in S. Paulson, B. Litschewsky Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Oxford University Press, xxiii-xxvii.
- Pegoraro, L. (1998). *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli.
- Pino, G. (2012). *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, in J.J. Moreso, J.L. Martí (eds.), *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 57-96.
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta.
- Ratti, G.B. (2014). *Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación*, «Discusiones», 14, 253-276.
- Raz, J. (1974). *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, in Raz 1979, 122-145.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press.
- Rodríguez, J.L. (2011). *Algunas dificultades en la reconstrucción de la dinámica jurídica*, in J. Ferrer Beltrán, G.B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 117-146.
- Ross, A. (1958). *On the Law and Justice*, London, Stevens & Sons, trad. cast. G. Carrió, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, II ed.
- Ross, A. (1969). *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.

- Rubio Llorente, F. (1997). *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*, in Aa.Vv., *Manuel Fraga, Homenaje Académico*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1411 ss.
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ruiz Manero, J. (1995). *On the Tacit Alternative Clause*, in L. Gianformaggio, S. Paulson (eds.), *Cognition and interpretation of law*, Torino, Giappichelli, 247-256.
- Von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action. A logical Inquiry*, London, Routledge & Keagan Paul.
- Vírgala Foruria, E. (2001). *Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos*, «Revista Española de Derecho Constitucional», 62, 77-124.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons.